

## Mogen werkgevers de email van hun werknemers inzien?



Privacy op het werk blijft vooral een zaak van geven en nemen. Enerzijds dienen werknemers zich 100 procent in te zetten voor de baas, worden hiervoor ook beloond, anderzijds hebben zij ook behoefte aan een zekere persoonlijke vrijheid. Die vrijheid was vroeger marginaal. Onder werktijd hoorden arbeiders zich weg te cijferen voor het bedrijfsbelang. Privé-telefoontjes waren slechts bij uitzondering toegestaan; de kosten werden direct van je salaris afgetrokken. Tegenwoordig wordt het

privé gebruik van telefoon en andere faciliteiten op het werk steeds vanzelfsprekender en bijna beschouwd als een soort secundaire arbeidsvoorwaarde. Maar hoe zit het met de privacy in de werksfeer met alle nieuwe vormen van communicatie en in het bijzonder van het e-mailverkeer?

Het controleren van de inhoud van een e-mailbericht valt onder het gebied van het recht op privacy. Het recht op privacy behoort tot één van onze meest elementaire rechten. Daarentegen mag de werkgever, om de voortgang van het werk te waarborgen, door werknemers verzonden e-mails inzien. Hij dient daarbij wel hun privacy te respecteren. Dat blijkt uit een uitspraak van de Nationale ombudsman van juni dit jaar.

Het ging in deze zaak om een zieke werknemer in dienst van de Arbeidsinspectie. Zij had aangegeven geen contact met haar leidinggevende te willen hebben. Tijdens haar absentie heeft de werkgever in het kader van de noodzakelijk waarneming van de werkzaamheden de mailbox van de werknemer ingezien. In de mailbox trof de werkgever ook enkele berichten aan waarin de werknemer zich kritisch uitliet over het werk op de afdeling en over de teamleider. De werkgever heeft de werknemer bericht dat deze handelwijze niet zonder gevolgen kon blijven en dat de werkgever hier tijdens de beoordelingsgesprekken bij haar op terug zou komen. De werknemer heeft daarop een klacht ingediend bij de Nationale ombudsman wegens schending van haar privacy.

De Nationale ombudsman overweegt dat een werkgever binnen zekere grenzen moet accepteren dat er onder werktijd privé contacten worden onderhouden. De werkgever behoort de privacy van deze contacten ook te waarborgen. Wel dient een werkgever ervoor te kunnen zorgen dat tijdens afwezigheid van de werknemer wegens ziekte de voortgang van het werk niet belemmerd wordt. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat de werkgever de mailbox van de werknemer heeft ingezien. Met die mogelijkheid diende de werknemer dan ook rekening te houden, te meer nu de gedragscode van de werkgever dit uitdrukkelijk weergeeft. In deze situatie kan dan ook niet volledig uitgesloten worden dat de werkgever eveneens kennis neemt van mails die bij nadere beschouwing geen zakelijk karakter hebben.

Echter in deze situatie bevonden de kritische passages zich pas aan het einde van de e-mail. Het onderwerp van de e-mail had een persoonlijk karakter ("fitness" en "even ontspannen"). Dit houdt in dat de werkgever ondanks het persoonlijke karakter kennis heeft genomen van de volledige e-mail.

Door deze handelwijze heeft de werkgever het recht op privacy van de werknemer geschonden. De Nationale ombudsman acht de klacht dan ook gegrond. Naar het oordeel van de Nationale ombudsman mag een werknemer ook onder werktijd binnen zekere grenzen in privé corresponderen en heeft de werkgever niet het recht deze correspondentie in te zien. Dit sluit aan bij de jurisprudentie die zich hierover in de afgelopen jaren heeft afgetekend. Zorgvuldigheid bij het inzien van het e-mailverkeer van uw werknemers is dus geboden, zo ook het opstellen van een gedragscode waarin duidelijk het bedrijfsbeleid ten aanzien van het e-mail- en internetverkeer is vastgelegd.



Carolien en Winanda

### In dit nummer

Mogen werkgevers de email van hun werknemers inzien?

Meenemen van vakantiedagen naar het volgend jaar.

Rechtspraak:  
Ontbindingsverzoek 10 dagen na aanvang arbeidsovereenkomst.

De regels rondom de ziekmelding van werknemers gaan veranderen.

Wet arbeid en zorg gewijzigd: Samenloop ouderschaps- en zwangerschapsverlof geregeld.

# Meenemen van vakantiedagen naar het volgend jaar.

Het einde van het jaar nadert weer. In deze periode wordt onder andere de balans van het aantal door de werknemer opgenomen vakantiedagen opgemaakt. Er zijn werknemers die ieder jaar weer vakantiedagen overhouden. Om een stuwmeer aan vakantiedagen te voorkomen nemen werkgevers nog al eens in de arbeidsovereenkomst of personeelsreglement de bepaling op dat slechts een beperkt aantal niet opgenomen vakantiedagen meegenomen mogen worden naar het volgende kalenderjaar. Is een dergelijke bepaling (anti-oppotbeding) eigenlijk wel geldig?

De wens van werkgevers om een stuwdam aan vakantiedagen te voorkomen is begrijpelijk. Enerzijds worden werknemers hierdoor gedwongen jaarlijks rust te nemen en anderzijds kunnen werkgevers door een dergelijke bepaling voorkomen dat een werknemer gedurende langere tijd afwezig is. In de praktijk wordt vaak ook gewoon gevolg gegeven aan een dergelijke bepaling. Waar werkgevers en werknemers echter vaak niet bij stil staan, is dat de meeste rechters van mening zijn dat deze bepaling in strijd is met de wet (artikel 7:642 BW) en dus niet rechtsgeldig is.

## *Verjaring vakantiedagen*

In artikel 7:642 BW staat dat vakantiedagen verjaren na verloop van 5 jaren na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Vakantiedagen opgebouwd in de maand januari verjaren dus na 5 jaar en 11 maanden. De achterliggende gedachte van deze verjaringstermijn van 5 jaar is om werknemers de gelegenheid te geven te sparen voor bijvoorbeeld langdurig verlof. In de wet is ook bepaald dat een werkgever niet ten nadele van de werknemer mag afwijken van de verjaringstermijn van 5 jaar. Dit betekent dat een werkgever niet mag bepalen dat een aantal vakantiedagen vervallen als zij in een bepaald jaar niet worden opgenomen, ook niet als de werknemer door het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst hiermee heeft ingestemd. De werknemer kan een beroep doen op de vernietigbaarheid van de bepaling.

## *Uitzondering in rechtspraak*

Hoewel dus de meeste rechters van mening zijn dat het zogenaamde “anti-oppotbeding” niet rechtsgeldig is, is hierop ook één uitzondering te vinden. Het Gerechtshof te Amsterdam oordeelde in maart 2004 dat een dergelijk beding wel toegestaan was. Gelet op het feit dat de werknemer uit hoofde van zijn functie verantwoordelijk was voor de daadwerkelijke toepassing van de personeelsgids, stond het hem niet vrij om bij het einde van zijn arbeidsovereenkomst het standpunt in te nemen dat hij in afwijking van die gids wél onbeperkt vakantiedagen zou kunnen meenemen naar



een volgend jaar. Deze uitspraak lijkt ons juridisch echter niet juist welk standpunt door de meeste arbeidsrecht deskundigen wordt ingenomen.

## *Adv-dagen*

Het recht op adv-dagen is, in tegenstelling tot vakantiedagen, niet in de wet geregeld. De status van de adv-dagen is afhankelijk van wat hieromtrent in een eventuele toepasselijke cao, de arbeidsovereenkomst of het bedrijfsreglement is vastgelegd. Niet opgenomen adv-dagen komen in beginsel te vervallen en kunnen niet worden doorgeschoven naar een volgend jaar. In de cao kan hierop een uitzondering zijn gemaakt.

## *Afkopen vakantiedagen*

Naast het meenemen van vakantiedagen naar een volgend jaar is in een personeelsreglement ook vaak voorzien in een regeling over het afkopen van vakantiedagen tijdens dienstverband. Wij maken u erop attent dat ook hieraan in de wet en de jurisprudentie regels gesteld.

## *Conclusie*

Het opnemen van een beding in de arbeidsovereenkomst waarin het aantal mee te nemen vakantiedagen naar een volgend jaar wordt beperkt, dwingt een werknemer in de praktijk vaak om zijn vakantiedagen op te nemen. Hoewel een dergelijk beding dus praktisch vaak nuttig is, is het beding echter niet rechtsgeldig. Indien een werknemer derhalve een beroep doet op de vernietigbaarheid, kan de werknemer niet aan dit beding gehouden worden.

Heeft u vragen over dit onderwerp of wilt u meer weten of de regels die gelden bij het afkopen van vakantiedagen, neem dan contact met ons op.

# Rechtspraak: Ontbindingsverzoek 10 dagen na aanvang arbeidsovereenkomst.

**Het kan iedere werkgever overkomen. De nieuw aangenomen werknemer start in zijn functie maar blijkt totaal niet te passen in de bedrijfscultuur. Kan dan een ontbindingsverzoek worden ingediend? Een dergelijke zaak werd onlangs voorgelegd aan de kantonrechter te Haarlem, met een voor de werkgever negatief resultaat.**

De werknemer was op 1 september 2007 bij de werkgever in dienst getreden als Business Development Manager op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar. Er was geen proeftijdbeding overeengekomen. Al op de eerste werkdag bleek de werknemer naar de mening van werkgever stil en terughoudend. Dit terwijl een proactieve houding van de werknemer als salesman werd verwacht. De persoonlijkheid zou niet passen in de bedrijfscultuur en de werkgever durfde de werknemer in verband met afbreukrisico niet naar klanten te sturen. Na 10 dagen dienstverband besloot de werkgever de arbeidsovereenkomst te beëindigen en diende een ontbindingsverzoek in omdat de werknemer niet voldeed aan de verwachtingen.

Het ontbindingsverzoek werd door de kantonrechter afgewezen. De teleurgestelde verwachting van de werkgever kan op de termijn van 10 werkdagen waarin de werknemer nog geen inhoudelijk werk heeft verricht maar bezig is geweest met kennismaking en inwerking in het bedrijf en haar werkwijze niet als een zodanige verandering van omstandigheden worden aangemerkt dat voortzetting van de samenwerking niet van de werkgever kan worden verlangd. De kantonrechter overwoog verder dat de werkgever als

resultaat van een deugdelijke sollicitatieprocedure de werknemer voor de functie heeft aangesteld en dat brengt met zich mee dat de werknemer recht heeft op een reële kans om zich qua optreden en inhoudelijk functioneren te bewijzen.

Het gevolg van de uitspraak van de rechter is dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Naar onze mening had deze uitspraak geleid tot het salaris van de werknemer en zijn positie binnen de onderneming ook anders uit kunnen vallen. In functies als die van deze werknemer speelt vertrouwen vaak een belangrijke rol. Niet zelden wordt bij het ontbreken van vertrouwen de arbeidsovereenkomst ontbonden. De factoren die nu een reden hebben gespeeld bij de afwijzing van het ontbindingsverzoek hadden dan kunnen worden meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding.

De werkgever had de problemen kunnen voorkomen door in de arbeidsovereenkomst een proeftijdbeding op te nemen. De arbeidsovereenkomst had dan immers gedurende de proeftijd met onmiddellijke ingang kunnen worden beëindigd. Voor u als werkgever is het dus van groot belang het al dan niet opnemen van een proeftijdbeding zorgvuldig te overwegen.

## De regels rondom de ziekmelding van werknemers gaan veranderen.

Een nieuw wetsvoorstel van het kabinet zal ertoe leiden dat werkgevers werknemers straks minder vaak en veel later ziek hoeven te melden.

Werkgevers hoeven vanaf 1 juli 2008 hun werknemers pas in de 42ste week ziek te melden bij het UWV; nu moet dat al in de 13de week. Dit leidt ertoe dat werkgevers minder vaak een werknemer ziek hoeven te melden. Veel werknemers zijn voor die tijd immers weer aan het werk. Ook vervalt de verplichte herstel melding. Een en ander zal zorgen voor minder administratieve lasten bij werkgevers.

Het UWV stuurt straks pas in de 44ste week de zogenoemde 'alerteringsbrief' aan werkgever en werknemer. Die brief wijst op de verplichte evaluatie van de reïntegratie-inspanningen in het eerste ziektejaar en de mogelijkheden voor reïntegratie. Na twintig ziektemaanden komt er een UWV-brief die werknemers wijst op de mogelijkheid om een WIA-uitkering aan te vragen. Werkgevers die hun zieke werknemer te laat ziekmelden bij het UWV krijgen straks een boete van maximaal € 455 per werknemer. Nu moeten werkgevers - na twee jaar ziekte - 70 procent van het loon doorbetalen voor de periode dat zij te laat zijn met ziekmelden.

De wet zal naar verwachting op 1 juli 2008 in werking treden. Tot die tijd zult u uw werknemer dus nog in de 13de week ziek moeten melden.

# Wet arbeid en zorg gewijzigd: Samenloop ouderschaps- en zwangerschapsverlof geregeld.

Werknemers die zwangerschaps- of adoptieverlof willen opnemen, kunnen hun ouderschapsverlof onderbreken zonder het recht op de rest van het ouderschapsverlof te verliezen. De Wet arbeid en zorg is hierop aangepast. Deze aanpassing van de Wet arbeid en zorg maakt deel uit van het wetsvoorstel Verzamelwet SZW-wetgeving 2008. Dit wetsvoorstel is op 15 november 2007 door de Tweede Kamer aangenomen.



## Samenloop verlofvormen

Een werknemer heeft op grond van de Wet arbeid en zorg recht op ouderschapsverlof. Deze verlofvorm kan samenlopen met zwangerschaps- en bevallingsverlof of met adoptieverlof. Dat betekent dat de werknemer zijn/haar ouderschapsverlof moet kunnen onderbreken zonder inkorting van dat verlof. Wel moet de werknemer daarvoor zelf een aanvraag indienen bij de werkgever. Het indienen van een dergelijk verzoek is vanaf 1 januari 2008 mogelijk.

De reden van deze wetswijziging is een arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ EG). Het Europese Hof heeft uitgesproken dat iedere ouder recht heeft op ouderschapsverlof van minimaal drie maanden. Dit verlof kan niet worden ingekort wanneer het wordt onderbroken door een ander verlof met een andere doelstelling dan het ouderschapsverlof, zoals het zwangerschapsverlof. Dit hangt samen met het door het Hof al eerder ingenomen standpunt dat een door het gemeenschapsrecht gewaarborgde verlofvorm niet kan afdoen aan het recht om een ander door dit recht gewaarborgd verlof op te nemen.

Tot de uitspraak van het Europese Hof was er alleen bij samenloop met ziekte sprake van een opschorting van het verlof. Het stopzetten van het verlof om andere redenen (onvoorziene omstandigheden) leidt overigens wel tot het vervallen van de rest van het ouderschapsverlof.

Wij adviseren u het bedrijfsreglement/personeelshandboek te screenen of de door u gehanteerde regeling bij samenloop van ouderschapsverlof met andere verlofvormen overeenkomt met de nieuwe wetswijziging per 1 januari 2008.



## Ouderschapsverlof wordt verlengd.

Uit de Rijksbegroting 2008 die op Prinsjesdag aan de Tweede Kamer is aangeboden, blijkt dat het kabinet het voornemen heeft om het ouderschapsverlof per 1 januari 2009 te verlengen van 13 naar 26 weken.



Molenstraat-Centrum 485  
7311 XL Apeldoorn  
[www.legalatwork.com](http://www.legalatwork.com)